

DROIT COMMERCIAL GÉNÉRAL ¹

Actes de commerce et Commerçants

Deux grandes lois récentes en droit commercial général :

- ⇒ *Loi du 1^{er} août 2003 pour les initiatives économiques, dite loi « Dutreilles »*
- ⇒ *Loi du 2 août 2005 en faveur des PME, dite loi « Jacob »*

LA COMMERCIALITÉ

A. Les deux conceptions de la commercialité

1. Approche objective en fonction de l'acte

- L'art. L 110-1 du code de commerce distingue trois types d'actes de commerce.
- La répétition d'actes de commerce par la forme ne confère pas la qualité de commerçant.

2. Approche subjective fondée sur la personne

- En principe, est commerçant la personne qui réalise les actes de commerce à titre de profession habituelle. Ce n'est pas vrai pour les actes de commerce par la forme (exception).
- Une personne est en principe qualifiée de commerçant en fonction de son activité, cad si elle réalise des actes de commerce « à titre de profession habituelle » (art. L 121-1 c.com.).
- Il y a en fait deux conditions :
 - Condition temporelle : « à titre habituel » (cad répété dans le temps). C'est différent de ce que l'on entend par « habituel » pour les opérations de banque (dans ce cas, il ne s'agit pas de répétition dans le temps, mais d'activité exercée à l'égard de plusieurs personnes).
 - Condition d'indépendance.
- La plupart des sociétés ont la qualité de commerçant parce qu'elles ont choisi une forme sociale commerciale (ex : SA) même si l'objet social est civil. Par contre, on ne peut pas adopter une forme civile si on a une activité commerciale².
Civ. 3^{ème} 5 juillet 2000 : Quand une société civile a un objet commercial, on la requalifie en société commerciale de fait, ce qui a des csqcs importantes, puisque les sociétés créées de fait n'ont pas la personnalité morale.

B. Points d'actualité

- Cass. Com. 14 février 2006 ³

Une association (cad une personne civile) avait créé un site Internet pour favoriser les opérations immobilières entre particuliers. Quel est le tribunal compétent ? Depuis l'*ordonnance du 8 juin 2006*, ce n'est plus le Code de l'organisation judiciaire qui détermine la compétence du tribunal de Commerce, mais c'est l'art. L 121-3 du code de commerce. Ce texte dispose que les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître des questions relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. La compétence dépend donc au moins en partie d'une approche objective. Des associations peuvent donc se voir attirer devant les juridictions commerciales, alors même qu'on considère qu'en principe, une association ne peut pas être qualifiée de commerçant (mais elle peut avoir une activité commerciale).

En terme de procédure, la cour d'appel avait retenu la compétence du tribunal de commerce et avait donc rejeté l'exception d'incompétence soulevée par l'association. Cette dernière a donc saisi la cour de cass. Dans son pourvoi, elle a fait valoir deux arguments :

- 1) L'association reprochait d'abord à la cour d'appel de ne pas avoir caractérisé l'accomplissement d'opérations intermédiaires pour l'achat et la vente d'immeubles. Souvent, un intermédiaire, c'est qqn qui agit en représentation d'une autre personne, le plus souvent au moyen d'un mandat ; or ce n'était pas le cas ici, car les clients / adhérents ne faisaient qu'utiliser le site Internet pour déposer leurs annonces, et pourtant, l'association a été reconnue comme étant un intermédiaire. La c.cass. a en effet retenu que l'association offrait une prestation permettant la rencontre de l'offre et de la demande en vue de l'achat et de la vente d'immeubles (acte de commerce par l'objet).

¹ Deux séances sur le droit commercial général : (1) Actes de commerce et commerçants et (2) Fonds de commerce.

² Article de Mme VIALA publié au *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} octobre 2002 n°10 p.1018.

³ *RTD Com.* 2006 n°3 p.564, chronique de B. Santorin, commentaire n°2 et *Communication Commerce Electronique* 2006, n°7, juillet 2006, commentaire 113.

- 2) L'association soutenait qu'à supposé que son activité puisse relever d'acte de commerce, la cour d'appel aurait dû rechercher si son activité revêtait un caractère spéculatif et répété avant de pouvoir la qualifier de commerçant. L'association a fait référence à deux critères possibles de la commercialité :
- a. Le caractère répétitif des actes. Dans un arrêt du 12 fév. 1985, la chbre commerciale avait semé le doute : elle a imposé, pour qu'une association relève du tribunal de commerce, que celle-ci accomplisse des actes de commerce de manière spéculative et répétée, en retenant que dans cette hypothèse, le caractère spéculatif et répété primerait sur l'objet statutaire de l'association. Mais la c.cass. a ainsi confondu approche objective et approche subjective, alors qu'en principe, la compétence du tribunal de commerce repose sur une approche uniquement objective.
 - b. Le caractère spéculatif.

La Cour rejette le pourvoi et considère que l'association pouvait effectivement être attrait devant les tribunaux de commerce. Elle admet que le site permet de faire entrer en relation des acheteurs et des vendeurs, et que donc elle exerce une activité d'intermédiaire.

Cette décision est contestable.

Rappel : Les agences immobilières sont des commerçants. Elles font signer des mandats par leurs clients. La qualité de mandataire est contestable d'un point de vue juridique, car l'agent immobilier n'agit pas au nom et pour le compte d'autrui. Les agences ont une activité de courtage en réalité : elles mettent en relation deux cocontractants et prennent une commission au passage.

- TGI Mulhouse, 12 janvier 2006⁴

Un particulier pratique de manière habituelle la vente d'objets mobiliers via un site Internet d'enchères. Il y avait des csqcs en droit du travail : on reprochait à l'internaute de se livrer à une infraction de travail dissimulé sans immatriculation (*art. L 324-11 du code du travail*). On lui reprochait également de ne pas avoir tenu un registre de police (que doivent normalement tenir les vendeurs de biens d'occasion, selon *l'art. L 321-7 du code pénal*).

Il utilisait plusieurs pseudos différents ; il avait vendu pour 7 000 € en 3 mois...

Finalement, le TGI a retenu que cette personne devait être qualifiée de commerçant parce qu'elle pratiquait bien une activité d'intermédiaire de manière habituelle et qu'elle en tirait des revenus relativement importants.

LES CONSEQUENCES DE LA COMMERCIALITE

A. Les conséquences attachées à la commercialité d'un acte (approche objective)

1. Csqcs sur la compétence des tribunaux de commerce⁵

- CA Poitiers, 3 mai 2005⁶

A l'occasion du rachat d'une société par des personnes physiques, ces personnes ont recouru aux services d'un intermédiaire agissant en tant que mandataire.

Question : Quelle est la nature de l'acte réalisée par un mandataire en vue du rachat d'une société par un particulier ?

En l'espèce, le mandataire était commerçant (logique au regard des dispositions du code de commerce), et la cession était destinée à permettre aux cessionnaires de s'assurer le ctrl d'une té commerciale (ce qui est un acte de commerce normalement). Tout portait donc à croire que c'était un acte de commerce.

Mais quand les tribunaux de commerce ont été saisis, les époux ont soulevé l'exception d'incompétence.

La Cour d'appel a retenu que comme le mandat avait été donné par des personnes physiques agissant à titre personnel, n'ayant pas la qualité de commerçant, comme le litige était né à l'occasion du mandat, l'opération était une *opération civile* : la cour n'a donc pas appliqué la théorie de la commercialité par anticipation. Elle n'a pas tenu de ce que le mandat tendait à opérer une cession de contrôle.

- Com. 10 juillet 2007⁷

Lors de la cession de la totalité des actions d'une société anonyme d'expertise comptable, les cédants s'étaient engagés à ne pas exercer d'activité pendant 10 ans auprès de leurs anciens clients. Les nouveaux dirigeants ont considéré que les cédants n'avaient pas respecté cette obligation, et donc ont saisi le tribunal de commerce.

Les cédants ont soulevé l'exception d'incompétence en faisant valoir que pour pouvoir être qualifié d'acte de commerce, une cession de ctrl doit couvrir en fait une cession de fonds de commerce.

Finalement, la cour de cassation a considéré que le litige opposant les cédants d'actions d'une SA aux dirigeants de la sté cédée relevait bien de la compétence des tribunaux de commerce.

⁴ *Communication Commerce Electronique*, juillet 2006, n°7, commentaire 112.

⁵ Sophie SCHILLER, *Revue Procédures*, oct.2007, n°10.

⁶ *RTD Comm.* 2006.

⁷ *JCP E.* 2007 du 15 nov. 2007, n°46, p.2383, J.P. Legros ; *Revue Procédures*, oct. 2007, n°10, commentaire 223 ; *Dalloz* 2007, n° 39, p.2768.

2. Csqcs tenant à la solidarité des personnes parties à l'acte de commerce

Dès lors que l'acte est commercial, l'engagement des personnes tenues par cet acte, quel que soit leur statut, est un engagement solidaire.

C'est une coutume *contra legem* (car en matière civile, la solidarité ne se présume point et doit être expressément prévue) : arrêt *Robin c/ Serenon*, Req. 20 oct. 1920.

- Com. 15 nov. 2005⁸

Acquisition d'un fonds de commerce, réalisée grâce à un prêt souscrit par deux époux. Les choses ont mal tourné : c'est la femme qui exploitait le fonds de commerce ; or elle a été mise en redressement judiciaire. Du coup, la banque a poursuivi le mari en sa qualité de codébiteur solidaire. Problème : il n'y avait aucune clause expresse de solidarité dans le contrat de prêt en l'espèce, donc il fallait pour la banque trouver une autre source pour invoquer la solidarité ; elle a donc invoqué la coutume *contra legem* décrite ci-dessus.

La question était de savoir si l'époux était pris dans les liens de la solidarité du seul fait que le prêt avait permis de financer l'achat d'un fonds de commerce. Il fallait donc savoir si l'opération financée était elle-même un acte de commerce (puisqu'on ne pouvait pas retenir la conception subjective car l'époux n'était pas commerçant). La Cour d'appel avait considéré que tous deux étaient des actes de commerce (achat du fonds de commerce et contrat de prêt).

La cour de cassation casse la décision d'appel : **un acte accompli par un non commerçant devient un acte de commerce, lorsqu'il est passé dans le but d'exercer un commerce et qu'il est indispensable à l'exercice de celui-ci**. Par cette formulation, la cour de cassation a repris exactement ce qu'elle avait déjà dit dans un arrêt *Com. 13 mai 1997*.

La Cour pose deux conditions :

- Cause de l'acte : l'objectif doit être l'exercice d'un commerce (le fonds acquis devait donc, en l'espèce, être exploité par l'époux poursuivi en paiement).
- Liens entre l'acte et l'exercice du commerce : il faut que l'acte soit indispensable pour l'exercice du commerce (en l'espèce, il fallait que le prêt soit indispensable au financement de l'activité du fonds, ce qui ici n'était pas contesté).

C'est plus restreint que la commercialité objective ! **La cour consacre la théorie de la commercialité par anticipation, mais elle le fait de manière restrictive.**

La Cour de cassation combine en quelque sorte une approche objective et une approche subjective. Ici, la Cour dit que l'opération est commerciale pour l'épouse, mais pas pour l'époux, qui lui n'avait pas personnellement exploité le commerce. La solution est curieuse mais elle se comprend parce qu'il fallait protéger le mari.

- Com. 28 nov. 2006⁹

Etait en cause la commercialité de l'acte de cession de contrôle.

Faits : Deux époux et leurs enfants avaient cédé 2 250 actions sur les 2 500 d'une SA. L'acte comportait évidemment une garantie de passif. Les cessionnaires ont mis en oeuvre cette garantie lorsque le passif est apparu. Les époux ont versé une somme, mais les cessionnaires ont estimé que c'était insuffisant et ont poursuivi solidairement en paiement tous les cédants (époux et enfants).

La Cour d'appel a rejeté l'action contre les époux : elle a estimé que l'action était prescrite car les époux n'avaient pas été destinataires d'une lettre recommandée formant la demande d'indemnisation globale, qui n'avait été envoyée qu'aux enfants. La lettre avait interrompu le délai de prescription.

La cour de cassation a cassé cette décision, parce que du fait de la solidarité, l'interruption de la prescription à l'égard de l'un vaut à l'égard de tous.

Aucune clause de solidarité expresse n'était prévue dans la garantie de passif. Question : Est-ce que la cession de ctrl est commerciale ? Rien de neuf sur ce point : la cour de cassation dit que **les conventions emportant cession de ctrl présentent un caractère commercial même lorsqu'elles ne sont pas conclues entre commerçants**.

La jpdence va plus loin en la matière et estime même qu'est commercial visant à *organiser* la cession de contrôle d'une société. Ex : Un pacte d'actionnaires qui a pour objet de subordonner une cession à l'accord des autres associés peut être reconnu comme commercial s'il tend derrière ça à organiser la cession de contrôle : *Com. 26 mars 1996*¹⁰.

B. Les conséquences attachées à la commercialité d'une personne (approche subjective)

1. Les obligations spéciales des commerçants

a. Obligation d'immatriculation

Il y a eu des réformes : la dernière en date résulte du *décret du 1^{er} février 2005* (qui a modifié les modalités d'inscriptions des mentions au registre du commerce / RCS).

- Civ. 3^{ème} 15 juin 2005¹¹

⁸ *RTD Civ.* 2006 p.316, chronique Pr. Mestres ; *JCP E.* 2006, n°1385 ; *RTD Comm.* 2006, p.563, note B. Santorins.

⁹ *Revue Droit des sociétés* 2007, n°2, commentaire n°30

¹⁰ *JCP E.* 1996, II, n° 255.

¹¹ *RTD Comm.* 2005, p.475.

L'article L 145-1 du code de commerce exige l'immatriculation pour bénéficier du statut des baux commerciaux. En cas d'indivision, tous les indivisaires doivent être inscrits au RCS, y compris ceux qui ne participent pas à l'exploitation du fonds : *Civ. 3^{ème} 9 novembre 1983*.

Problème : Pour être immatriculé au RCS, il faut être commerçant : *CA Paris, 10 février 2002*.

Le 15 juin 2005, la cour a eu à trancher la demande d'un propriétaire de locaux commerciaux qui voulait donner congé au preneur, sans renouvellement et sans avoir à payer d'indemnité d'éviction. Il justifiait sa demande en disant que l'un des indivisaires n'était pas inscrit au RCS.

Certes, dit la cour, mais l'intéressé était inscrit en qualité de propriétaire non exploitant du fonds de commerce, donc cela a permis de faire échec à la demande de congé sans indemnité d'éviction.

b. Obligations relatives au conjoint

Le statut du conjoint du commerçant a fait l'objet d'une réforme par la *loi Jacob du 2 août 2005*¹².

Art. L 121-3 c.com. : « Le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité séparée de celle de son époux ». On ne devient donc pas commerçant par le seul fait d'être marié à un commerçant. Ce n'est pas contagieux.

Trois statuts sont prévus par *l'article L 121-4 c.com.* Le conjoint du chef d'entreprise (qu'elle soit artisanale, libérale ou commerciale) peut choisir entre le statut de collaborateur, de salarié et d'associé.

La *loi du 2 août 2005* est venue affirmer le caractère obligatoire du choix : le conjoint *doit* indiquer le statut qu'il choisit (c'est devenu une mention au RCS ; ceci dit, il n'y a pas de sanction).

- Conjoint associé : Si le fonds de commerce est exploité sous forme sociétair. La possibilité de constituer une société entre époux a été libéralisée par la *loi de 1985*. Il y a des avantages à associer son conjoint. On a libéralisé depuis la *loi NRE du 15 mai 2001* et on admet les apports en industrie. Le conjoint associé n'a pas pour autant la qualité de commerçant.
- Conjoint salarié (possible que l'on exploite le fonds de commerce sous forme sociétair ou non) : *l'art. L 784-1* du code du travail prévoit que ces dispositions sont applicables au conjoint du chef d'entreprise salarié, et sous l'autorité duquel il est réputé exercer son activité. Mais on a voulu éviter les abus, donc le texte pose des conditions : l'époux doit participer effectivement à l'entreprise, à titre professionnel et habituel, et il doit percevoir une rémunération horaire au moins égale au SMIC. *Soc. 6 novembre 2001* : L'existence d'un lien de subordination n'est pas une condition pour l'application du statut du conjoint du commerçant (exception introduite pour protéger le salarié).
- Conjoint collaborateur : C'est le statut le plus fréquent en pratique. Un décret du 1^{er} août 2006 (décret d'application de la loi Jacob) a défini la notion de conjoint collaborateur et a précisé qu'il fallait remplir plusieurs conditions :
 - o Il faut exercer une activité professionnelle régulière dans l'entreprise.
 - o Sans percevoir de rémunération.
 - o Sans être associé.

On ne peut admettre la collaboration que dans les rapports de famille.

Le conjoint collaborateur est censé être légalement mandaté par son époux : *art. L 121-6 c.com.* (mandat légal). Il peut donc accomplir les actes d'administration concernant la gestion de l'entreprise (mais pas les actes de disposition a priori).

On a rajouté *l'art. L 121-7* : Dans les rapports avec les tiers, les actes de gestion et d'administration accomplis pour les besoins de l'entreprise par le conjoint collaborateur sont réputés être conclus pour le compte du chef d'entreprise et n'entraînent à la charge du conjoint collaborateur aucune obligation personnelle.

Si le conjoint n'a adopté aucun des trois statuts mais qu'il participe quand même à l'exploitation du fonds de commerce, quelles sont les csqcs de la co-exploitation ? Est-ce que le conjoint co-exploitant devient commerçant ?

En principe, selon *l'art. L 121-3*, la qualité de commerçant n'est pas contagieuse entre conjoints.

Ce qui est sûr, c'est que le fait de co-exploiter ne suffit pas à rendre le conjoint commerçant. Si le conjoint ne fait qu'assister son époux commerçant, il ne devient pas lui-même commerçant. Toutefois, le co-exploitant est dans une situation risquée s'il apparaît que le conjoint du commerçant exerce des actes de commerce à titre habituel et professionnel : il risque de se voir étendre les csqcs de la commercialité.

Il y a de nbreux arrêts dans ce sens : *Com. 15 nov. 1991*.

Conclusion : Le concubin du commerçant est mis à peu près dans la même situation que le conjoint sur le plan des principes. Idem pour le PACS.

Mais ce n'est pas parce que la qualité de commerçant ne se diffuse qu'il ne peut pas y avoir de csqcs attachées aux liens de fait qui les unissent. On ne peut pas adopter le statut de conjoint collaborateur quand on est concubin ou pacsé. Mais les deux autres statuts (associé et salarié) sont possibles.

Le concubin risque de se voir appliqué la qualification de société créée de fait. On va attacher à cette qualification l'application des règles lourdes de la société en participation.

¹² *RTD Comm.* 2005, p. 701.

